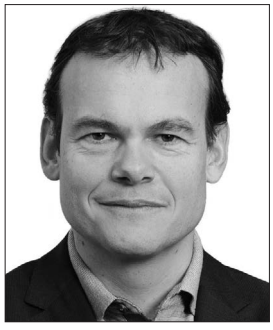

Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz

Ein Nachtrag zur due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf

Markus Vischer*

Wie von Samuel Lieberherr/Markus Vischer in ihrem Artikel «Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf» (AJP 2016, 293 ff.) aufgezeigt, sind bei vielen Gesellschaften die Verhältnisse des Eigentums an den Aktien unklar. Das zeigt sich wie im erwähnten Artikel geschildert insbesondere bei Aktienkäufen. Die in diesem Zusammenhang in aller Regel durchgeführte due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien hilft, vorhandene Probleme zu erkennen und zu lösen. Diese due diligence ist wie jede due diligence rückwärts gerichtet und fokussiert darauf, das Eigentum an den Aktien ab deren Schaffung anlässlich der Gründung oder einer Kapitalerhöhung im Sinne einer lückenlosen Eigentumskette nachzuvollziehen. Dabei stellt sich immer wieder die Frage, ob bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz sämtliche an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften in die due diligence einzubeziehen sind. Diese Frage wird im Sinne eines Nachtrags zum eingangs erwähnten Artikel aufgrund des bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz geltenden Prinzips der Kontinuität auf Gesellschafterstufe nachfolgend klar mit Ja beantwortet.

Comme l'ont souligné Samuel Lieberherr/Markus Vischer dans leur article sur la due diligence en matière de propriété des actions dans le cadre de ventes d'action (PJA 2016, 293 ss.), les rapports de propriété des actions sont peu clairs pour de nombreuses sociétés. Comme démontré dans l'article susmentionné, cela est particulièrement évident dans le cas de ventes d'actions. La diligence raisonnable ou due diligence relative à la propriété des actions effectuée dans la règle dans ce cadre permet d'identifier et de résoudre les problèmes existants. Comme toute due diligence, elle est rétrospective et se concentre sur le suivi de la propriété des actions dès leur création à l'occasion d'une constitution ou d'une augmentation de capital au sens d'une chaîne ininterrompue de propriété. La question se pose régulièrement de savoir si en cas de restructuration conformément à la Loi sur les fusions, toutes les sociétés impliquées dans une restructuration doivent être incluses dans le processus de due diligence. La réponse à cette question, qui est apportée sous la forme d'un complément à l'article susmentionné, est un oui clair, en vertu du principe de continuité du sociétariat qui prévaut dans la Loi sur les fusions en cas de restructurations.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Konstitutive Wirkung der Handelsregistereintragung bei Gründungen, Löschungen, Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen von Aktiengesellschaften
III. Konstitutive Wirkung der HR-Eintragung bei Umstrukturierungen von Gesellschaften
IV. Universalsukzession bzw. partielle Universalsukzession auf Gesellschaftsstufe
V. Kontinuität auf Gesellschafterstufe
  A. Einleitung
  B. Charakter der Kontinuität auf Gesellschafterstufe
  C. Formalitäten im Zusammenhang mit der Universalsukzession auf Gesellschafterstufe
  D. Heilende Wirkung der HR-Eintragung?
VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Bei vielen Aktienkäufen zeigt sich, dass die Verhältnisse des Eigentums an den zu kaufenden Aktien unklar sind. Meist fehlen lückenlose Zessions- oder Indossamentenketten, nötige Verwaltungs- oder Generalversammlungsbeschlüsse oder gültige Verpflichtungsgeschäfte. Oft sind die Aktienzertifikate auch ungültig ausgegeben worden oder schlicht verloren gegangen.[1] Das ist bei Aktienkäufen deshalb ein Problem, weil in den allermeisten Fällen der Käufer kein Eigentum an den gekauften Aktien erwirbt, wenn bereits der Verkäufer kein Eigentum an diesen Aktien hatte. Der Käufer ist alsdann Nichtaktionär, mit all den damit verbundenen Problemen,[2] u.a. dem Problem, dass er als Nichtaktionär in der Regel keine gültige Generalversammlung abhalten kann[3] und er letztlich die gekaufte Aktiengesellschaft nicht kontrollieren und deshalb nicht führen kann.[4] In dieser Situation hilft Geld dem Käufer nicht, weshalb das Problem nicht mittels einer Ge-

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

1 Zum Ganzen Samuel Lieberherr/Markus Vischer, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, 293 ff., 298 f.

2 Dazu Lieberherr/Vischer (FN 1), AJP 2016, 299 f.

3 Lieberherr/Vischer (FN 1), AJP 2016, 299 f.; zu den Folgen der Teilnahme von Nichtaktionären an Generalversammlungen im Allgemeinen Markus Vischer/Dario Galli, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 2019, 5 ff.

4 Lieberherr/Vischer (FN 1), AJP 2016, 299 f.; s. zum wohl berühmtesten Beispiel einer infolge eines gerichtlichen Streits um die Aktionärseigenschaft mindestens zeitweise nicht funktionstüchtigen Generalversammlung BGE 116 II 320 i.S. Kammgarnspinnerei Interlaken; zu diesem Fall z.B. Peter Nobel, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017, § 8 N 153 ff.

währleistung, genauer einer Rechtsgewährleistung,[5] oder einer indemnity[6] gelöst werden kann.[7]

Das angesprochene Problem der oft unklaren Verhältnisse des Eigentums an den zu kaufenden Aktien beim Aktienkauf hängt mit den kaum überblickbaren Regeln zur Übertragung von Aktien zusammen, die in der Praxis in aller Regel ganz offensichtlich nicht beherrscht werden. Die in die normale due diligence bei Aktienkäufen eingebettete due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien hilft, vorhandene Probleme zu erkennen und mögliche Lösungen aufzuzeigen und umzusetzen. Bei diesen Lösungen steht ein Nachholen der Übertragungen im Sinne eines Aktien-Clean-up im Vordergrund, wobei die Übertragungen meist nicht entlang der möglichen Aktionärskette nachgeholt werden, sondern «im Sprung» von allen in der Vergangenheit in Aktienübertragungen involvierten Personen zu den heutigen Sollaktionären (und Verkäufern). Das setzt ein vorgängiges Einsammeln und Vernichten von allfälligen Aktienzertifikaten voraus.[8] Die innovativere Lösung, in diesen Situationen den Sollaktionären infolge eines Organisationsmangels auf Stufe der Generalversammlung gestützt auf Art. 731b OR Eigentum zuzusprechen,[9] wurde m.W. bis dato in der Praxis noch nicht genutzt.

Im Rahmen der angesprochenen due diligence stellt sich immer wieder die Frage, wie es sich mit dem Eigentum an Aktien bei in der Vergangenheit vorgenommenen Umstrukturierungen der betreffenden AG nach dem FusG verhält. Es soll deshalb im Folgenden vorab untersucht werden, was auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem FusG passiert.

II. Konstitutive Wirkung der Handelsregistereintragung bei Gründungen, Löschungen, Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen von Aktiengesellschaften

Gesellschaften entstehen und vergehen. Bezüglich Aktiengesellschaften verhält es sich wie folgt: Unbestritten ist, dass die Aktiengesellschaft mit Eintragung in das Handelsregister (HR) entsteht (Art. 643 Abs. 2 OR, Art. 52 ZGB). Das ist die sogenannte konstitutive Wirkung der HR-Eintragung,[10] wobei sich der Beginn der Wirksamkeit nach Art. 932 OR richtet. Die Aktiengesellschaft entsteht sogar dann, wenn die Voraussetzungen der Eintragung im HR tatsächlich nicht vorhanden waren (Art. 643 Abs. 2 OR). Dieser Effekt wird absolut konstitutive Wirkung der HR-Eintragung genannt.[11] Im Zusammenhang mit dieser absolut konstitutiven Wirkung der HR-Eintragung wird bei Fehlen der Entstehungsvoraussetzungen auch von der heilenden Wirkung der HR-Eintragung gesprochen. Der Begriff ist allerdings verwirrend, denn es tritt nicht eigentlich eine Heilungswirkung ein. Vielmehr entsteht einzig die Aktiengesellschaft trotz fehlender Voraussetzungen, während die Mängel fortbestehen und nachträglich zu heilen sind.[12]

In der Lehre umstritten ist dagegen, ob Aktiengesellschaften mit der Löschung im HR untergehen oder nicht, also mithin, ob die HR-Eintragung nicht nur für das Entstehen, sondern auch für das Untergehen von Aktiengesellschaften konstitutiv ist.[13] Die bundesgerichtliche Praxis ist schwankend, um es höflich auszudrücken.[14] Nach der hier vertretenen Auffassung ist die HR-Eintragung

---

5 Zur Rechtsgewährleistung in Aktienkaufverträgen im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, 233 ff.

6 Zur indemnity in Aktienkaufverträgen im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 325 ff., 330 f.

7 Lieberherr/Vischer (FN 1), AJP 2016, 299.

8 Lieberherr/Vischer (FN 1), AJP 2016, 301 f.

9 Dazu Lieberherr/Vischer (FN 1), AJP 2016, 303 f.; s. auch Markus Vischer, Die Verantwortlichkeit des im Organisationsmängelverfahren eingesetzten Verwaltungsratsmitglieds und Sachwalters, HAVE 2017, 362 ff., 364; ablehnend Entscheid des Kantonsgerichts Zug ES 2016 550, 24.4.2017, in: GVP 2018, 145 ff.

10 Z.B. Markus Vischer, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257 ff., 258.

11 Z.B. Vischer (FN 10), 258.

12 Zum Ganzen z.B. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Bern 2009, § 1 N 586; Markus Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 105 ff., 110.

13 Andrew M. Garbarski/Louis Frédéric Muskens, Conséquences de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, GesKR 2018, 452 ff., 456; Franco Lorandi, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018, 724 ff., 727 f., je m.w.N.

14 Für konstitutive Wirkung: z.B. BGer, 4A_384/2016, 1.2.2017, E. 2.3 (implizit); 5A_65/2008, 15.12.2008, E. 2.1; BGE 132 III 731 E. 3.1 (wenn auch die Liquidation abgeschlossen ist); BGer, 4A.3/2002/4A.4/2002, 3.7.2002, E. 4.1; BGE 117 III 39 E. 3b (wenn auch die Liquidation abgeschlossen ist); 73 III 61 E. 1; 64 II 150 E. 1; 42 III 37; für deklaratorische Wirkung: z.B. BGer, 4A_231/2011, 20.9.2011, E. 2; 4A_5/2008, 22.5.2008, E. 1.4 (implizit); offengelassen: BGer, 2C_408/2012, 25.9.2012, E. 3.1, 3.2;

auch bezüglich Löschung konstitutiv und nicht deklaratorisch.[15] Die konstitutive Wirkung besteht auch dann, wenn die Voraussetzungen der HR-Eintragung der Löschung tatsächlich nicht gegeben sind, also insbesondere wenn die Liquidation noch nicht abgeschlossen ist.[16] Damit besteht erneut eine absolut konstitutive Wirkung der HR-Eintragung. Massgebend für den Beginn der Wirksamkeit ist erneut Art. 932 OR.

Aktiengesellschaften entstehen und vergehen aber nicht nur, sondern können im Laufe der Zeit auch ihr Kapital erhöhen oder herabsetzen. Auch Kapitalerhöhungen werden mit der Eintragung in das HR wirksam, womit die HR-Eintragung ebenfalls diesbezüglich konstitutiv ist.[17] Das Gleiche gilt bezüglich Kapitalherabsetzungen.[18] Erneut ist die konstitutive Wirkung der HR-Eintragung absolut konstitutiv. Diese konstitutive Wirkung bei Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen ergibt sich auch aus einer systematischen Auslegung, gehen Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen doch oft mit Umstrukturierungen einher, bezüglich derer die HR-Eintragung konstitutiv ist.[19] Relevant bezüglich Beginn der Wirksamkeit ist sowohl bei Kapitalerhöhungen als auch bei Kapitalherabsetzungen Art. 932 OR.[20]

III. Konstitutive Wirkung der HR-Eintragung bei Umstrukturierungen von Gesellschaften

Unbestritten ist, dass sämtliche Umstrukturierungen mit Auswirkungen auf Gesellschafterstufe, also Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen, gemäss FusG mit der HR-Eintragung wirksam werden, womit die HR-Eintragung diesbezüglich konstitutiv ist.[21] Das gilt insbesondere auch dann, wenn im Zuge der Umstrukturierung eine neue Gesellschaft entsteht[22] oder untergeht[23] oder die Gesellschaft ihr Kapital verändert.[24] Erneut ist die Wirkung der HR-Eintragung absolut konstitutiv.[25] Relevant ist bezüglich Beginn der Wirksamkeit wiederum Art. 932 OR.[26]

IV. Universalsukzession bzw. partielle Universalsukzession auf Gesellschaftsstufe

Auf Gesellschaftsstufe bedeutet diese konstitutive Wirkung der HR-Eintragung, dass die Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft mit der HR-Eintragung eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten[27] auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Das betrifft mit Vorbehalten auch die Rechte und Pflichten gegenüber den Gesellschaftern.[28] Dieser Vorgang zur Sicherung der Kon-

---

4A_16/2010, 6.4.2010, E. 5.1.2; s. auch Garbarski/Muskens (FN 13), 456; Lorandi (FN 13), AJP 2018, 727 f., je m.w.N.

15 Vischer (FN 10), 259 ff.; gl.M. neueren Datums Lorandi (FN 13), AJP 2018, 728; Gilles Benedick, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 746 OR N 5.

16 Vischer (FN 10), 259 ff.

17 Zur anderen Rechtslage bei der bedingten Kapitalerhöhung s. Art. 653e Abs. 3 OR (s. z.B. BGer, 4A_331/2008, 15.9.2008, E. 2.2).

18 Z.B. BGE 133 III 368 E. 1.3.3; BSK OR II-Küng/Schoch, Art. 734 N 25, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, Art. 530–964 OR, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); Böckli (FN 12), § 1 N 619, § 2 N 366a.

19 Siehe unten unter III.

20 Z.B. BSK OR II-Schenker (FN 18), Art. 647 N 7 ff., bezüglich Statutenänderungen im Allgemeinen; Böckli (FN 12), § 1 N 618, aber auch § 2 N 177 i.V.m. N 167, bezüglich Kapitalerhöhungen; a.M. z.B. BSK OR II-Zindel/Isler (FN 18), Art. 652h N 6, bezüglich bereits früherer «interner» Wirkung von Kapitalerhöhungen.

21 Bezüglich Fusion: Art. 22 Abs. 1 Satz 1 FusG (s. z.B. BGer, 2C_705/2017, 10.8.2018, E. 1.1), entgegen dem Wortlaut von Art. 84 Abs. 1 FusG, seit der Revision von Art. 52 Abs. 2 ZGB nicht mehr mit der Ausnahme in Art. 84 Abs. 1 ZGB bezüglich Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen (gl.M. Loïc Pfister/Filipp Lurà, La fondation, Genf/Zürich/Basel 2017, N 699); bezüglich Spaltung: Art. 52 Satz 1 FusG (s. z.B. BGer, 5A_734/2018, 4.12.2018, E. 4.3.4); bezüglich Umwandlung: Art. 67 FusG.

22 Z.B. die übernehmende Gesellschaft infolge Neugründung bei einer Kombinationsfusion gemäss Art. 10 FusG.

23 Z.B. die übertragende Gesellschaft bei einer Fusion infolge Löschung gemäss Art. 21 Abs. 3 FusG.

24 Z.B. die Kapitalerhöhung bei einer Absorptionsfusion gemäss Art. 9 FusG oder die Kapitalherabsetzung bei einer Abspaltung gemäss Art. 32 FusG.

25 BSK FusG-Frick, Art. 67 N 2, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2015 (zit. BSK FusG-Verfasser), bezüglich Umwandlung; wohl gl.M. BSK FusG-Watter/Büchi, Art. 52 N 21, bezüglich Spaltung.

26 Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber/Andrea Opel, FusG Kommentar, 3. A., Zürich 2017 (zit. OFK-Vogel et al.), Art. 22 FusG N 3, bezüglich Fusion.

27 Böckli (FN 12), § 3 N 338, bezüglich Spaltung: «uno actu et ipso iure».

28 Robert Meier, Barabgeltung bei Fusionen, in: Walter R. Schluep/Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 131 ff., 139, auch 144 zur Interdependenz des Vorgangs auf Gesellschafter- und Gesellschaftsstufe; weitergehend Wolfhart F. Bürgi/Ursula Nordmann-Zimmermann, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1979 (zit. ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann), Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 aOR N 17; Jürg Suter, Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht, Diss. Zürich, Zü-

tinuität auf Gesellschaftsstufe, auch vermögensrechtliche Kontinuität genannt,[29] wird in Anlehnung an den entsprechenden erbrechtlichen Vorgang[30] als Universalsukzession bezeichnet.[31] Bei der Fusion erstreckt sich diese Universalsukzession auf sämtliche Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaften, was in Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG in Ausführung der Anordnung von Art. 22 Abs. 1 Satz 1 FusG nochmals explizit festgehalten wird. Bei der Spaltung erstreckt sich die Universalsukzession nur (aber immerhin) auf die im Inventar bezeichneten Aktiven und Passiven, was Art. 52 Satz 2 FusG in Ausführung der Anordnungen von Art. 52 Satz 1 FusG ausdrücklich wiederholt. Man spricht in diesen Fällen von partieller Universalsukzession.[32] Sie hat die gleichen materiell-rechtlichen Rechtswirkungen wie die Universalsukzession, ist also bezüglich Rechtswirkungen nicht partiell.[33] Partiell ist sie vielmehr deshalb, weil sie sich nur auf bestimmte Aktiven und Passiven erstreckt.[34]

Bei der Umwandlung wird in der Rechtsprechung und Lehre im Allgemeinen nicht von Universalsukzession gesprochen, weil nur ein Rechtsträger betroffen sei.[35] Das ist bei der sogenannten übertragenden Umwandlung nicht richtig.[36] Von einer übertragenden Umwandlung spricht man, wenn die Rechte und Pflichten der Gesellschaft auf eine neue, bei der Umwandlung gegründete Gesellschaft in der Zielrechtsform übertragen werden, was z.B. bei der Umwandlung einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in eine juristische Person der Fall ist.[37] Das ist aber auch bei der sogenannten formwechselnden Umwandlung debattierbar. Von einer formwechselnden Umwandlung spricht man, wenn die Gesellschaft lediglich einen Rechtskleidwechsel[38] vornimmt, was z.B. bei der Umwandlung von einer juristischen Person in eine andere juristische Person, z.B. von einer GmbH in eine AG, der Fall ist.[39] Denn es lässt sich logisch nicht zwischen Bestand und Inhalt einer Gesellschaft differenzieren,[40] so dass mit der Inhaltsänderung infolge Umwandlung auch eine Bestandsänderung eintritt, weshalb auch bei der formwechselnden Umwandlung gesagt werden kann, es seien zwei Rechtsträger betroffen, nämlich die Gesellschaft vor und die Gesellschaft nach der Umwandlung.[41] Es verhält sich nicht anders als bei Statutänderungen im intertemporal- oder internationalprivatrechtlichen Kontext. So wird im intertemporalrechtlichen Kontext aus einer altrechtlichen Gesellschaft oft eine neurechtliche Gesellschaft[42] und im internationalprivatrechtlichen Kontext aus einer ausländischen Gesellschaft oft eine Schweizer Gesellschaft, z.B. bei einer Sitzverlegung aus dem Ausland.[43] Daran ändert nichts, dass in Art. 67 FusG eine Bestimmung analog Art. 22 Abs. 1 Satz 2, Art. 52 Satz 2 und Art. 73 Abs. 2 Satz 2 FusG fehlt, weil auch der Gesetzgeber nicht erkannt hat, dass bei der Umwandlung zwei Rechtsträger

rich 1966, 12, 66, 125 ff., 130; s. auch Patrizia Pabst, Absorptionsfusion bei Revisionsgesellschaften, EF 2018, 922 ff., 923, bezüglich (Nicht-)Übergang der Rechte und Pflichten gegenüber den Organen.

29 BGE 108 Ib 450 E. 6a bezüglich Fusion.

30 Bezüglich Fusion z.B. BGE 108 Ib 440 E. 3a; 108 Ib 450 E. 4b; zur Universalsukzession im Erbrecht im Allgemeinen z.B. Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 62 N 3 ff.

31 Z.B. BGer, 4C.385/2005, 31.1.2006, E. 1.2.1, bezüglich Spaltung; 4P.299/2005, 31.1.2006, E. 2.2.1 bezüglich Fusion, E. 2.2.2 bezüglich Spaltung; BGE 115 II 415 E. 2b bezüglich Fusion; 108 Ib 450 E. 4b bezüglich Fusion; Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. A., Bern 2014, § 42 N 717 f.; zur Kritik dieser Anlehnung Suter (FN 28), 12.

32 Z.B. BGer, 5A_734/2018, 4.12.2018, E. 4.3.4; 4C.385/2005, 31.1.2006, E. 1.2.2; 4P.299/2005, 31.1.2006, E. 2.2.2; Glanzmann (FN 31), § 42 N 717.

33 Z.B. BGer, 4C.385/2005, 31.1.2006, E. 1.2.2; 4P.299/2005, 31.1.2006, E. 2.2.2; Glanzmann (FN 31), § 42 N 720.

34 Z.B. Glanzmann (FN 31), § 42 N 720.

35 Z.B. Glanzmann (FN 31), § 42 N 717 a.E.; s. auch Böckli (FN 12), § 3 N 367; s. aber auch Suter (FN 28), 15, der die gängige Annahme zweier Rechtssubjekte bei der Fusion etwas metaphysisch in Frage stellt: «Die übertragende Gesellschaft geht nicht unter, sondern in der übernehmenden auf. Sie lebt, bildlich gesprochen, in der übernehmenden fort.»

36 Gl.M. z.B. OFK-Vogel et al. (FN 26), Art. 53 FusG N 12; BSK FusG-Romerio (FN 25), Art. 53 N 15; a.M. z.B. Daniel Hasler, Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Diss. Bern, Bern 2007, 23.

37 Z.B. BSK FusG-Romerio (FN 25), Art. 53 N 9.

38 Zum Begriff und zu dessen Herkunft z.B. Böckli (FN 12), § 3 N 343.

39 Z.B. BSK FusG-Romerio (FN 25), Art. 53 N 9.

40 BSK ZGB II-Vischer, Art. 1 SchlT ZGB N 11, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II-Verfasser), bezüglich Rechtsverhältnissen im Allgemeinen; BSK OR II-Vischer (FN 18), Art. 2 SchlT AG N 13; BSK ZGB II-Vischer, Art. 2 SchlT ZGB N 6, bezüglich Gesellschaften.

41 S. auch Böckli (FN 12), § 3 N 343: «[…] aber im Grund liegt nicht ein echter Rechtskleidwechsel, sondern eine ‹Umgründung› vor», und N 363: «Die Umwandlung ist kein schlichter Rechtskleidwechsel durch Berührung mit dem Zauberstab, sondern weitgehend eine Umgründung»; s. auch OFK-Vogel et al. (FN 26), Art. 68 FusG N 3, welche den «blossen Rechtskleidwechsel» bei der Umwandlung als Fiktion des Gesetzgebers bezeichnen, und Hasler (FN 36), 22, welcher statt von Universalsukzession von «Fiktion der Rechtskontinuität» spricht.

42 BSK ZGB II-Vischer (FN 40), Art. 3 SchlT ZGB N 6.

43 S. Art. 161 IPRG; dazu z.B. BSK IPRG-Kunz/Rodriguez, Art. 161 N 1 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013, s. auch Art. 161 N 1 mit der Verwendung des Begriffs des Rechtskleidwechsels.

betroffen sind. Die Diskussion ist aber akademisch, weil auch bei der Umwandlung mit der HR-Eintragung die betroffenen Aktiven und Passiven eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten bei der umgewandelten Gesellschaft sind, ob man diesen Vorgang nun als Universalsukzession bezeichnet oder z.B. unter dem Stichwort der Identität[44] oder der Kontinuität[45] abhandelt.

V. Kontinuität auf Gesellschafterstufe

A. Einleitung

Etwas weniger gut untersucht als die Wirkungen von Umstrukturierungen auf Gesellschaftsstufe sind die Wirkungen von Umstrukturierungen auf Gesellschafterstufe.

Auch diesbezüglich ist von der (absolut) konstitutiven Wirkung der HR-Eintragung auszugehen. Denn Art. 22 Abs. 1 Satz 1, Art. 52 Satz 1 und Art. 67 FusG differenzieren nicht zwischen der Gesellschaftsstufe und der Gesellschafterstufe. Diese Bestimmungen gelten deshalb auch auf Gesellschafterstufe,[46] auch wenn dies in diesen Bestimmungen nicht wie für die Gesellschaftsstufe bezüglich Fusion und Spaltung[47] explizit wiederholt wird.

Auf Gesellschafterstufe bedeutet diese konstitutive Wirkung der HR-Eintragung, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit der HR-Eintragung eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten (d.h. automatisch[48] und ohne Unterbruch[49]) Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft werden,[50] womit die Gesellschafterstellung sich im Inhalt[51] und damit auch im Bestand[52] ändert. Das ist logisch, erfasst die Universalsukzession auf Gesellschaftsstufe im Grundsatz auch die Rechte und Pflichten der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern.[53]

Dieser Vorgang ähnelt dem Rechtskleidwechsel bei der formwechselnden Umwandlung.[54] Er liesse sich wie der Vorgang auf Gesellschaftsstufe bei Umstrukturierungen insgesamt etwas mutig als Universalsukzession bezeichnen, wenn man denn den Gesellschafter vor und nach der Umstrukturierung infolge der Verschiedenheit von Bestand und Inhalt der Gesellschafterstellung etwas metaphysisch als verschieden betrachten[55] oder den Begriff der Universalsukzession auf ein weiteres «juristisches Wunder»,[56] nämlich die eo ipso ohne weitere Förmlichkeiten erfolgende Umwandlung der Gesellschafterstellung durch eine Umstrukturierung, ausdehnen will.[57] Lehre und Rechtsprechung handeln das Geschehen bei Umstrukturierungen auf Gesellschafterstufe infolge des nicht offensichtlichen Vorhandenseins zweier Rechtssubjekte allerdings nicht unter dem Stichwort der Universalsukzession, sondern unter dem Stichwort der Kontinuität auf Gesellschafterstufe, genauer der sogenannten mitgliedschaftlichen Kontinuität, ab.[58] Dem wird hier ge-

---

44 Z.B. BSK FusG-Romerio (FN 25), Art. 53 N 1, im Kontext des FusG; Hasler (FN 36), 9 ff., im Kontext des FusG.

45 Z.B. Matthias Courvoisier, in: Willi Fischer/Helke Drenckhan/Michael Gwelessiani/Fabiana Theus Simoni (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, N 103.2, im Kontext des IPRG.

46 So schon die Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz), BBl 2000 4337 ff. (zit. Botschaft Fusionsgesetz), 4421, bezüglich Fusion: «Die Fusion bewirkt weiter, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft werden (Prinzip der mitgliedschaftlichen Kontinuität; s. Art. 7), wobei auch diesbezüglich die Rechtswirkungen mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister eintreten.» A.M. wohl Jürgen Elbel/Raffaela Binaghi, Wirkungen der Fusion, Praktische Fragen zur übertragenden Gesellschaft, ST 2006, 433 ff., 434, bezüglich Fusion.

47 S. Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG bezüglich Fusion und Art. 52 Satz 2 FusG bezüglich Spaltung.

48 OFK-Vogel et al. (FN 26), Art. 22 FusG N 9, bezüglich Fusion.

49 André Cuendet, La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion, Diss. Lausanne, Bern 1973, 44, bezüglich Fusion.

50 So schon Virgile Rossel, Manuel de Droit Fédéral des Obligations, Lausanne 1892, N 882 (756 f.), bezüglich Fusion; Gottlieb Bachmann, Aktiengesellschaft (Anonyme Gesellschaft) und Genossenschaften, in: Gottlieb Bachmann/Fritz Goetzinger/Ludwig Siegmund/Heinrich Zeller (Hrsg.), Das schweizerische Obligationenrecht, Titel 23 bis Schluss, Zürich 1915, Art. 669 aOR N 4, bezüglich Fusion; Fritz Funk, Kommentar des Obligationenrechtes, Zweiter Band, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951, Art. 748 aOR N 2, bezüglich Fusion; Emil Schucany, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. A., Zürich 1960, Art. 748 aOR N 1, bezüglich Fusion; Fritz von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. A., Zürich 1970, 355 f. und 358, bezüglich Fusion, welcher aber in Abweichung zur hier vertretenen Auffassung (s. FN 20) nicht auf die HR-Eintragung, sondern auf den GV-Beschluss abstellt; bezüglich des Letzteren differenzierend OFK-Vogel et al. (FN 26), Art. 52 FusG N 21, bezüglich Spaltung.

51 Cuendet (FN 49), 45 ff., mit Betonung dieser Inhaltsänderung, bezüglich Fusion.

52 Siehe oben unter IV.

53 Siehe oben unter IV.

54 Siehe oben unter IV.

55 S. auch FN 35 zur ähnlichen Diskussion, aber mit umgekehrten Vorzeichen, auf Gesellschaftsstufe.

56 Böckli (FN 12), § 3 N 141, mit dieser Qualifizierung der Universalsukzession.

57 S. auch Suter (FN 28), 125, bezüglich Fusion, der von einer «Sukzession in eine universitas iuris» spricht; zur Abhängigkeit des Vorgangs auf Gesellschafterstufe vom Vorgang auf Gesellschaftsstufe s. schon FN 28.

58 Z.B. BGE 135 III 603 E. 2.1.1 bezüglich Fusion; 108 Ib 450 E. 6a bezüglich Fusion; schon Botschaft Fusionsgesetz (FN 46), 4421, bezüglich Fusion; Mark Mauerhofer, Squeeze-Out Merger, Die

folgt, wobei unterschiedliche Bezeichnungen an der Sache natürlich nichts ändern.

B. Charakter der Kontinuität auf Gesellschafterstufe

Wie Amstutz/Mabillard zu Recht betonen, enthält das FusG bezüglich des Vorgangs der Kontinuität auf Gesellschafterstufe v.a. prozedurale Vorschriften, die sicherstellen sollen, dass die Gesellschafterstellung durch die Umstrukturierung möglichst erhalten bleibt.[59] Dieser Ansatz der Wahrung der materiellen Gerechtigkeit durch Verfahrensgerechtigkeit erfreut sich zunehmender Verbreitung[60] und ist z.B. auch bei der Business Judgement Rule[61] anzutreffen.[62]

Eine Schlüsselrolle innerhalb der genannten prozeduralen Vorschriften nehmen die Vorschriften zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte ein, indem den bisherigen Gesellschaftern ein Anspruch auf Wahrung dieser Rechte gegeben wird.[63] Dieser Anspruch richtet sich gegen die betroffenen Gesellschaften und ist dementsprechend durch deren Organe umzusetzen. Der Anspruch ist nicht absolut, sondern relativ, weshalb auch von der Relativität des Kontinuitätsprinzips gesprochen wird.[64] Denn der Anspruch kann aufgrund verschiedener Vorschriften des FusG eingeschränkt oder sogar durchbrochen werden. Der extremste Fall findet sich bei der Abfindungsfusion gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG, bei welcher gewisse Gesellschafter keine Anteils- und Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft erhalten, sondern eben eine Abfindung, meistens in bar. Entsprechend stark sind die Schutzvorschriften bei einer Abfindungsfusion.[65] Gleiches gilt auch für Gesellschafter mit Genussscheinen,[66] welche ebenfalls abgefunden werden können.[67]

Entsprechend lässt sich der genannte Anspruch als Recht auf Überführung der bisherigen Gesellschafterstellung in eine neue, möglichst gleichwertige Gesellschafterstellung beschreiben.[68]

Dieser Anspruch ist wie ausgeführt ein Anspruch auf Einhaltung eines Prozesses. Er bedeutet nicht, dass die betroffenen Gesellschafter nach der HR-Eintragung der Umstrukturierung bloss Anspruch auf Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft hätten.[69] Vielmehr werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit der HR-Eintragung eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft und wandeln sich die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der übertragenden Gesellschaft in Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft, allerdings nur, falls und insoweit dies im Umstrukturierungsprozess, der in die HR-Eintragung mündete, so definiert wurde.[70] Das bedeutet, dass die Gesellschafter im Rahmen der Umstrukturierung (abgesehen von Ausnahmefällen, z.B. bei einer Tochter in Mutter-Fusion) gewisse Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und -pflichten verlieren und (abgesehen von Ausnahmefällen, z.B. bei einer zwanghaften Abfindungsfusion i.S. von Art. 8 Abs. 2 FusG) gewisse neue Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und -pflichten hinzugewinnen.[71] Dieses Hinzugewinnen kann in verschiedenen Formen erfolgen, z.B. bei der Fusion zweier Aktiengesellschaften durch «Erwerb» von Aktien der übernehmenden Gesellschaft, welche die übernehmende Aktiengesellschaft vor

zwangsweise Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 Fusionsgesetz, Diss. Bern, Bern 2009, 27 ff., und Piera Beretta, Strukturanpassungen, Fusion – Spaltung – Umwandlung – Vermögensübertragung, Basel 2006, 109 ff., im Detail.

59 Marc Amstutz/Ramon Mabillard, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar, Basel 2008, Art. 56 FusG N 4.

60 S. z.B. Xavier Grivel, Die Steuerungskrise des Rechts und die Prozeduralisierung, Eine Analyse anhand der aktienrechtlichen Verantwortung, cognitio 2018, 1 ff.

61 Dazu z.B. Markus Vischer, Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgement Rule (BJR), SJZ 2018, 53 ff.

62 Grivel (FN 60), 13 ff.

63 Bezüglich Fusion: Art. 7 Abs. 1 FusG; bezüglich Spaltung: Art. 31 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 FusG; bezüglich Umwandlung: Art. 56 Abs. 1 FusG.

64 Z.B. Amstutz/Mabillard (FN 59), Art. 7 FusG N 7 ff.

65 S. z.B. Art. 18 Abs. 5 FusG bezüglich Quorum beim Fusionsbeschluss der übertragenden Gesellschaft.

66 Zum Gesellschafterstatus von Inhabern von Genussscheinen Art. 2 lit. f i.V.m. Art. 2 lit. g FusG; s. auch Glanzmann (FN 31), § 11 N 246.

67 Bezüglich Fusion: Art. 7 Abs. 6 FusG; bezüglich Spaltung: Art. 31 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 7 Abs. 6 FusG; bezüglich Umwandlung: Art. 56 Abs. 5 FusG.

68 Ähnlich Böckli (FN 12), § 3 N 182a, bezüglich Fusion, und N 349, bezüglich Umwandlung.

69 Gl.M. Böckli (FN 12), § 3 N 151, bezüglich Fusion; a.M. ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann (FN 28), Art. 748 aOR N 97, bezüglich Fusion für den Fall, dass die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte verbrieft sind.

70 So deutlich Böckli (FN 12), § 3 N 367, bezüglich Umwandlung: «Die Mitgliedschaftsrechte entstehen mit dem Handelsregistereintrag ohne Weiteres in der neuen, durch Umwandlungsplan und neuen Statuten bestimmten und durch Umwandlungsbericht erläuterten Konfiguration.»

71 Z.B. Böckli (FN 12), § 3 N 350 ff., bezüglich Umwandlung, unter den Titeln «Eintritt in neue Leistungspflichten und Haftungen» und «Abstreifen bestehender Leistungspflichten und Haftungen».

der Fusion bereits hält[72] oder welche die übernehmende Gesellschaft von der übertragenden Gesellschaft im Zuge der Fusion erwirbt,[73] z.B. auch im Rahmen einer Mutter in Tochter-Fusion,[74] oder welche die übernehmende Gesellschaft im Zuge einer Kapitalerhöhung schafft.[75] Bei diesem «Erwerb» handelt es sich nicht um ein Erwerbsgeschäft im Sinne eines OR-Geschäfts (z.B. eines Kaufs i.S. von Art. 184 ff. OR, eines Tauschs i.S. von Art. 237 ff. OR oder einer Zeichnung z.B. bei Aktiengesellschaften i.S. von Art. 630 OR und Art. 652 OR[76])[77] und damit nicht um einen originären oder derivativen Erwerb,[78] sondern um eine eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten erfolgende Veränderung der Rechtsposition des Gesellschafters.

In diesem Sinne, und nur in diesem Sinne, wird die bisherige Gesellschafterstellung in der neuen Gesellschafterstellung fortgeführt. Würde man diesen Vorgang nicht als Kontinuität, sondern als Universalsukzession auf Gesellschafterstufe bezeichnen, so müsste man diese Universalsukzession als modifiziert qualifizieren, nämlich so modifiziert, wie dies im Umstrukturierungsprozess durch die betroffenen Gesellschaften bzw. deren Organe festgelegt wurde und, vorbehältlich allfälliger gerichtlicher Verfahren,[79] in der HR-Eintragung seinen Abschluss findet. In diesem Sinne ist die Gesellschafterstellung vor und nach Umstrukturierung «bruchlos»,[80] wobei aber nicht verkannt werden darf, dass die alte und die neue Gesellschafterstellung in Bestand und Inhalt verschieden sind.[81]

Wie auf Gesellschaftsstufe beschlägt die Kontinuität auf Gesellschafterstufe auch Drittverhältnisse. Aufzeigen lässt sich dies am Beispiel verpfändeter Anteils- und Mitgliedschaftsrechte, bei denen das an den alten Anteils- und Mitgliedschaftsrechten bestehende Pfandrecht an den neuen Anteils- und Mitgliedschaftsrechten bestehen bleibt.[82]

C. Formalitäten im Zusammenhang mit der Universalsukzession auf Gesellschafterstufe

Wie ausgeführt werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit der HR-Eintragung eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft, allerdings im Sinne der relativen Kontinuität auf Gesellschafterstufe nur, falls und insoweit dies im Umstrukturierungsprozess, der in die HR-Eintragung mündete, so definiert wurde.

Sind die bisherigen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte in Urkunden verbrieft, haben ihre Inhaber gegenüber der übernehmenden Gesellschaft (Zug um Zug gegen Rückgabe der bisherigen Urkunden) Anspruch auf Begebung von Urkunden, welche die neuen, durch die Umstrukturierung eo ipso erworbenen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte verbriefen, soweit nach dem Recht der übernehmenden Gesellschaft ein solcher Anspruch auf Neuverurkundung[83] der bereits eingetretenen Folgen auf Gesellschafterstufe[84] besteht. Bei der Aktiengesellschaft zum Beispiel kann dieser (unverjährbare)[85] Anspruch (ausserhalb des Anwendungsbereichs des BEG) in den Statuten mittels Statutenklausel für den aufgehobenen Titeldruck[86] wegbedungen werden.[87] Ob die Inhaber gegenüber der übernehmenden Gesellschaft auch eine entsprechende Pflicht auf Rückgabe der bisherigen Urkunden haben (Zug um Zug gegen Begebung von neuen Urkunden, soweit ein Anspruch auf eine solche Begebung besteht), wird in der

---

72 Eigene Aktien oder Vorratsaktien der übernehmenden Gesellschaft; z.B. BSK FusG-Diem (FN 25), Art. 9 N 14.

73 Z.B. BSK FusG-Diem (FN 25), Art. 9 N 9.

74 Reverse merger, z.B. BSK FusG-Diem (FN 25), Art. 9 N 12.

75 S. Art. 9 FusG.

76 Zum Zeichnungsvertrag z.B. Markus Vischer, Der Zeichnungs- bzw. Sacheinlagevertrag bei der AG, SJZ 2014, 537 ff.

77 Z.B. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N 158.

78 Dazu im Allgemeinen z.B. Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, 17 ff.

79 S. v.a. Art. 105 FusG; dazu z.B. Böckli (FN 12), § 3 N 255 ff.

80 Amstutz/Mabillard (FN 59), Art. 7 FusG N 8.

81 Siehe oben unter V.A.

82 Dieter Zobl, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Fahrnispfand, Art. 888–906 ZGB (mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 907–915 ZGB), Bern 1996, Art. 904 ZGB N 51b; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 77), § 57 N 166; ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann (FN 28), Art. 748 aOR N 96; von Steiger (FN 50), 358; gl.M. Lukas Glanzmann, Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Stellung der kreditgebenden Bank, ZSR 2007 I, 279 ff., 312, und Cuendet (FN 49), 48, beide allerdings unter Rückgriff auf die Rechtsfigur der sogenannten dinglichen Surrogation.

83 Zu diesem Begriff z.B. BGE 108 Ib 450 E. 6a/aa bezüglich Fusion; ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann (FN 28), Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 aOR, N 18, bezüglich Fusion.

84 Z.B. BGE 108 Ib 450 E. 6a/aa bezüglich Fusion; Böckli (FN 12), § 3 N 151, bezüglich Fusion; Balthasar Bessenich, Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR, Basel/Frankfurt a.M. 1991, 146; s. auch OFK-Vogel et al. (FN 26), Art. 22 FusG N 9, bezüglich Fusion, welche von einer lediglich «deklaratorische[n] Wirkung» der physischen Auslieferung sprechen.

85 Z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 77), § 57 N 157, Fn 81; Bessenich (FN 84), 147.

86 Böckli (FN 12), § 4 N 117 ff.

87 Z.B. Arthur Meier-Hayoz/Hans Caspar von der Crone, Wertpapierrecht, 3. A., Bern 2018, § 19 N 1017; s. ausführlich zu diesem Thema auch Philip Spoerlé, Die Inhaberaktie, Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, N 106 ff.

Lehre nur vereinzelt diskutiert. Meines Erachtens lässt sich eine solche Rückgabepflicht ohne weiteres aus dem ursprünglichen Aktienbegebungsvertrag[88] ableiten,[89] was m.E. nicht im Widerspruch zu Art. 680 Abs. 1 OR steht. Denn Art. 680 Abs. 1 OR steht vertraglich begründeten Pflichten des Aktionärs nicht entgegen.[90] Selbstverständlich setzt diese Rückgabepflicht voraus, dass die unterliegende Transaktion, d.h. hier die Umstrukturierung, gesellschaftsrechtlich rechtmässig war.

Obwohl im Zusammenhang mit dem erwähnten Anspruch auf Neuverurkundung oft von einem Anspruch auf Umtausch gesprochen wird, geht es nicht um den Vollzug eines unterliegenden Tauschs i.S. von Art. 237 ff. OR oder eines anderen Erwerbsgeschäfts,[91] sondern wie ausgeführt um den urkundlichen Nachvollzug einer durch die Umstrukturierung bereits bewirkten Rechtsänderung.

Der geschilderte Anspruch auf neue Urkunden, so er denn bei der konkreten Gesellschaft besteht, ist, sofern es sich bei diesen Urkunden um Wertpapiere handelt, wertpapierrechtlich, d.h. insbesondere unter dem Aspekt des Verkehrsschutzes, unproblematisch, ist doch z.B. bei der Aktiengesellschaft der Aktientitel kein Publizitätsmittel für die Ausgestaltung der aus der Mitgliedschaft fliessenden Rechte.[92] Die Aktiengesellschaft darf diese Rechte vielmehr jederzeit für alle Aktionäre unabhängig vom Text der Aktientitel (im Rahmen des OR oder hier eben des FusG) verändern, erweitern oder beschränken.[93] Die Stellung des Aktionärs lässt sich entsprechend nicht aufgrund des Urkundentexts feststellen. Dieser Urkundentext hat vielmehr nur informativen Charakter.[94] Das bedeutet nicht, dass bisherige Wertpapiere mit der HR-Eintragung der Umstrukturierung nicht mehr Wertpapiere wären.[95] Allerdings verkörpern sie nach der HR-Eintragung nicht mehr die alten, sondern die neuen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte.[96]

Es verhält sich insgesamt nicht anders als z.B. bei der Aktiengesellschaft, wenn diese ihr Kapital durch Nennwertreduktion herabsetzt. Auch hier erhalten die bisherigen Aktionäre ihre neue Rechtsposition eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten mit der HR-Eintragung der Kapitalherabsetzung,[97] unbesehen davon, dass ihre (allenfalls bestehenden) Aktienurkunden noch die höheren Nennwerte ausweisen.[98] Sie haben alsdann lediglich, aber immerhin, einen Anspruch gegen die AG auf neue Urkundentitel mit Vermerk der neuen Nennwerte.[99] Wie ausgeführt haben sie nach der hier vertretenen Auffassung auch eine Pflicht zur Rückgabe. Diese setzt aber wie ausgeführt voraus, dass die unterliegende Transaktion, d.h. die Kapitalherabsetzung mittels Nennwertreduktion, gesellschaftsrechtlich rechtmässig war. Geht es z.B. nicht um eine Nennwertreduktion, sondern um eine Aktienzusammenlegung, so besteht diese Pflicht nicht, wenn der einzelne Aktionär seine Zustimmung zur Zusammenlegung der Aktien nicht gegeben hat, weil für die gesellschaftsrechtliche Rechtmässigkeit der Zusammenlegung der Aktien die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs notwendig ist.[100]

D. Heilende Wirkung der HR-Eintragung?

Im Zusammenhang mit der Gründung einer Aktiengesellschaft wurde bereits auf die sogenannte heilende Wirkung

---

88 Zu diesem Vertrag Meier-Hayoz/von der Crone (FN 87), § 19 N 1018.

89 S. auch Art. 748 Ziff. 8 aOR und Art. 749 Abs. 2 Ziff. 4 aOR; dazu z.B. ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann (FN 28), Art. 748 aOR N 95: «Die Gesellschaft hat ein Recht, die alten Titel einzuholen […]»; gl.M. wie Bürgi/Nordmann Suter (FN 28), 128, und Alfred Siegwart, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659), Zürich 1945, Art. 622 aOR N 73 a.E.; a.M. z.B. Bessenich (FN 84), 146 f., der eine Pflicht zur Rückgabe verneint und nur eine Pflicht zur Vorweisung bejaht.

90 Z.B. Markus Vischer, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, 3. A., Zürich 2016, Art. 680 OR N 7.

91 Siehe oben unter V.B.

92 Meier-Hayoz/von der Crone (FN 87), § 19 N 1032; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 77), § 43 N 24, 48.

93 Meier-Hayoz/von der Crone (FN 87), § 19 N 1032; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 77), § 43 N 24, 48.

94 Meier-Hayoz/von der Crone (FN 87), § 19 N 1032.

95 Wohl gl.M. OFK-Vogel et al. (FN 26), Art. 67 FusG N 7, bezüglich Umwandlung; BSK FusG-Frick (FN 25), Art. 67 N 5, bezüglich Umwandlung; Suter (FN 28), 127, bezüglich Fusion; a.M. Elbel/Binaghi (FN 46), 435, wonach die alten Wertpapiere nur noch Beweisurkunden betreffend die alten Anteils- und Mitgliedschaftsrechte sind; s. auch Peter Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 7. Teil: Die Wertpapiere, Art. 965–989 und 1145–1155, Zürich 1959, Art. 970 OR N 28, bezüglich verbriefter Inhaberaktien bei der Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien, wonach die Inhaberpapiere auch nach der Umwandlung bis zur Neuverurkundung Inhaberpapiere bleiben.

96 Zur diesbezüglichen Kontroverse ZK-Bürgi/Nordmann-Zimmermann (FN 28), Art. 748 aOR N 97.

97 BSK OR II-Baudenbacher (FN 18), Art. 623 N 6, welcher aber in Abweichung zur hier vertretenen Auffassung (siehe oben unter II.) nicht auf die HR-Eintragung, sondern auf den statutenändernden GV-Beschluss abstellt.

98 Z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 77), § 43 N 24, Fn 8.

99 BSK OR II-Baudenbacher (FN 18), Art. 623 N 6.

100 Art. 623 Abs. 2 OR.

der HR-Eintragung hingewiesen, was diese absolut konstitutiv macht. Danach entsteht die Aktiengesellschaft sogar dann, wenn die Voraussetzungen der Eintragung im HR tatsächlich nicht vorhanden waren (Art. 643 Abs. 2 OR). Wie ebenfalls bereits ausgeführt, ist der Begriff der heilenden Wirkung verwirrend, weil eine eigentliche Heilungswirkung nicht eintritt.[101]

Auch die HR-Eintragungen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen sind absolut konstitutiv.[102] Weil aber auch hier eine eigentliche Heilung nicht eintritt,[103] wird auf Gesellschafterstufe eine mangelhafte Gesellschafterstellung vor der Umstrukturierung durch die HR-Eintragung nicht geheilt. Ist der betreffende Gesellschafter vor der Umstrukturierung z.B. nicht Eigentümer der betreffenden Aktien, ist er es auch nach der Umstrukturierung nicht.

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Mit der HR-Eintragung der Umstrukturierung werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft eo ipso ohne Einhaltung weiterer Förmlichkeiten zu Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft, allerdings nur, falls und insoweit dies im entsprechenden Umstrukturierungsprozess so definiert wurde. Infolge einer diesbezüglich fehlenden heilenden Wirkung der HR-Eintragung bleiben der bisherigen Anteils- und Mitgliedschaften anhaftende Mängel auch bezüglich der neuen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bestehen. Sind die bisherigen Gesellschafter z.B. nicht Eigentümer der bisherigen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte, sind sie es auch bezüglich der neuen Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nicht.

Die eingangs erwähnte due diligence bei Aktienkäufen bezüglich Eigentum darf sich deshalb nicht auf den Zeitraum bis zur letzten Umstrukturierung der bewussten Gesellschaft beschränken, sondern muss auch die Gesellschaften vor allfälligen Umstrukturierungen einbeziehen, ob diese nun noch bestehen oder nicht.

---

101 Siehe oben unter II.
102 Siehe oben unter III.
103 Z.B. BSK FusG-Watter/Büchi (FN 25), Art. 52 N 21, bezüglich Spaltung; BSK FusG-Frick (FN 25), Art. 67 N 2, bezüglich Umwandlung.